

TE Verg Bescheid 2008/10/23 SVKS/63/16

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.10.2008

Norm

BVergG 2006 §187

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

Text

Der Vergabekontrollsenat des Landes Salzburg erlässt durch den Richter des Landesgerichtes Salzburg Dr. Friedrich Gruber als Vorsitzenden sowie Dkfm. Bernd Gaubinger und Dr. Martin Huber als Beisitzer in der Vergabesache "Dienstleistungsauftrag Verhandlungsverfahren Linienverkehr F*** (Los 1) und G*** (Los 2)", Antragsteller A***, vertreten durch B***, Antragsgegnerin C***, vertreten durch (vergebende Stelle) D***, nach der mündlichen Verhandlung vom 23.10.2008 nachstehenden

BESCHEID:

Der Antrag, der Vergabekontrollsenat Salzburg möge die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 15.9.2008 auf Nichtzulassung zur Teilnahme an der Stufe 2 im Vergabeverfahren "Dienstleistungsauftrag - Verhandlungsverfahren Linienverkehr F*** (Los 1) und G*** (Los 2)";

in eventu die gleichlautende Entscheidung vom 24.9.2008;

in eventu die gleichlautenden Entscheidungen vom 15.9.2008 und 24.9.2008

für nichtig erklären, wird abgewiesen.

Begründung:

Die C*** führt ein 2-stufiges Vergabeverfahren für die Beschaffung von Verkehrsdienstleistungen betreffend den "Linienverkehr F*** (Los 1) und G*** (Los 2)" durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 19.7.2008.

Als Verfahrensart wurde ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gewählt. Das Vergabeverfahren befindet sich im Stadium nach Einladung der Bewerber zur Angebotslegung.

Mit Schreiben vom 15.9.2008 gab die Antragsgegnerin dem Antragsteller die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren bekannt.

Am 29.9.2008 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Nachprüfung dieser Entscheidung und am 2.10.2008 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein. Die angefochtene Entscheidung verletze den Antragsteller in seinem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und auf weitere Teilnahme am Vergabeverfahren.

Der Antragsteller beantragte, die Entscheidung der vergebenden Stelle auf Nichtberücksichtigung seines Teilnahmeantrages (Ausscheidungsentscheidung) mangels nachgewiesener technischer Leistungsfähigkeit für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und die Antragsgegnerin zum Ersatz der Gebühren zu verpflichten.

Hinsichtlich seines Schadens führte er aus, dass die Angebotsabgabe für das Los 2 ein Referenzprojekt darstelle, da er erst seit 2003 auf dem ÖV-Markt tätig sei und sich auf dem Markt etablieren wolle. Durch die Teilnahme an der Ausschreibung seien weiters Kosten in Höhe von € 3.000,-- für die Ausarbeitung der Teilnahmeunterlagen entstanden, die durch die rechtswidrige Ausscheidung vorerst als frustriert zu betrachten seien.

In der Sache führte der Antragsteller aus, dass er sich unter Verwendung der von der Antragsgegnerin erstellten Teilnahmeunterlagen am Vergabeverfahren "Linienverkehr G*** (Los 2)" beteiligt habe.

Gemäß Punkt 5.3.4 der Teilnahmeunterlage sei bezüglich der Verfügbarkeit der technischen Ausstattung vorgesehen gewesen, dass die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen, jedoch schon zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrags nachgewiesen werden müsse.

Für die Bewerbung um Los 2 sei in Beilage ./4-2 die Verfügbarkeit von 8 Standardlinienbussen und 2 Niederflurstadtbussen nachzuweisen gewesen. Er habe in dieser Beilage angegeben, dass es sich hierbei um Autobusse des Typs Irisbus Crossway bzw Irisbus Crossway LE, und zwar sämtlich um Neufahrzeuge mit Datum der Erstzulassung 3/2009, handeln würde. Für die Bewerbung um Los 2 sei in Beilage ./4-2 die Verfügbarkeit von 8 Standardlinienbussen und 2 Niederflurstadtbussen nachzuweisen gewesen. Er habe in dieser Beilage angegeben, dass es sich hierbei um Autobusse des Typs Irisbus Crossway bzw Irisbus Crossway LE, und zwar sämtlich um Neufahrzeuge mit Datum der Erstzulassung 3 aus 2009,, handeln würde.

Mit Schreiben vom 26.8.2008 sei er von der Antragsgegnerin aufgefordert worden, zur Beilage ./4-2 einen Nachweis zu erbringen, aus dem hervorgehe, dass die angeführten Fahrzeuge dem Bewerber tatsächlich zu den angegebenen Zeitpunkten zur Verfügung stehen würden (zB Kaufvertrag samt Lieferzusage bzw Leasingvertrag samt Lieferzusage). Er habe daraufhin fristgerecht mit Schreiben vom 1.9.2008 die (neue) Beilage ./4-2 übermittelt mit dem Hinweis, dass er aufgrund des Umstandes, dass sich der Hersteller Irisbus nicht in der Lage gesehen habe, eine verbindliche Lieferzusage abzugeben, eine Umstellung des Herstellers von Irisbus auf MAN vorgenommen habe. Weiters habe er ein Schreiben der E*** vom 1.9.2008 vorgelegt, in welchem E*** zusichere, bei rechtzeitiger technischer Auftragsklärung bis März 2009 zwei Niederflur- und acht Überlandbusse zu liefern.

Er erachte die Ausscheidungsentscheidung der vergebenden Stelle für rechtswidrig und begründe dies wie folgt:

- -Strichaufzählung
Die Ausscheidung des Teilnahmeantrages stehe in Widerspruch zu § 69 Z 3 BVergG, da die technische Leistungsfähigkeit beim Verhandlungsverfahren erst im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe bestehen müsse. Die Ausscheidung des Teilnahmeantrages stehe in Widerspruch zu Paragraph 69, Ziffer 3, BVergG, da die technische Leistungsfähigkeit beim Verhandlungsverfahren erst im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe bestehen müsse.

Ungeachtet dessen sei die geforderte Verfügungsbefugnis bereits aufgrund des vorgelegten Vertrages mit der E*** über die Lieferung der geforderten Niederflur- und Überlandbusse gegeben. Dieses verbindliche Vertragsverhältnis enthalte nach dem hier anwendbaren deutschen Recht sämtliche Elemente einer verbindlichen Kaufvereinbarung, einschließlich der Vereinbarung eines angemessenen Kaufpreises. Dieser Vertrag räume ihm damit ein verbindliches Recht auf Lieferung dieser Busse rechtzeitig vor dem Beginn der Auftragsdurchführung ein, sodass eine Verfügungsbefugnis des Antragstellers vorliege und auch nachgewiesen sei. Leiste die Firma E*** nicht, sei das eine Frage des Leistungsstörungenrechts. Ein Angebot dürfe aber nicht deshalb ausgeschieden werden, weil der Auftraggeber daran zweifle, dass der Bieter die versprochene Leistung auch tatsächlich erfüllen könne. Eine darüber hinausgehende Rechtsstellung in Form von zivilrechtlichem Eigentum des Antragstellers fordere weder

das BVergG noch die Teilnahmeunterlage.

Der Antragsteller habe gemäß der Aufforderung der vergebenden Stelle eine fristgerechte und ausreichende Verbesserung der ursprünglichen Teilnahmeunterlage vorgenommen. Der ursprünglich fehlende Nachweis der rechtzeitigen Verfügbarkeit der Busse sei selbst von der vergebenden Stelle als verbesserungsfähiger Mangel der Teilnahmeunterlage betrachtet worden.

- -Strichaufzählung

Die Rechtswidrigkeit der Ausscheidung gründe sich auch darauf, dass die Ausscheidung des Antragstellers auf die "Bedingung" im Schreiben der Firma E*** vom 1.9.2008 gestützt worden sei, wonach die fristgerechte Lieferung der Busse an die rechtzeitige Auftragserteilung geknüpft werde.

Eine Verknüpfung zwischen den Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit des Bieters und einer zivilrechtlichen Bedingung andererseits sei jedoch unzulässig: Gemäß § 14 Abs. 2 S.VKG 2007 sei der Vergabekontrollsenat bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig. Daraus folge, dass der Prüfungsmaßstab des Vergabekontrollsenats ex lege auf Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz 2006 beschränkt sei und zivilrechtliche Bedingungen, Befristungen udgl (weil dem BVergG nicht bekannt) auch nicht in die Prüfung einbezogen werden könnten. Eine Verknüpfung zwischen den Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit des Bieters und einer zivilrechtlichen Bedingung andererseits sei jedoch unzulässig: Gemäß Paragraph 14, Absatz 2, S.VKG 2007 sei der Vergabekontrollsenat bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und den dazu ergangenen Verordnungen zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zuständig. Daraus folge, dass der Prüfungsmaßstab des Vergabekontrollsenats ex lege auf Verstöße gegen das Bundesvergabegesetz 2006 beschränkt sei und zivilrechtliche Bedingungen, Befristungen udgl (weil dem BVergG nicht bekannt) auch nicht in die Prüfung einbezogen werden könnten.

- -Strichaufzählung

Ein Verständnis der Teilnahmebestimmung Pkt 5.3.4. im Sinne jener der vergebenden Stelle hätte zur Konsequenz, dass die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müsse und bedeute, dass sich die Fahrzeuge entweder bereits im Besitz des Unternehmens befinden müssten oder ein rechtsverbindlicher Kaufvertrag mit dem Fahrzeughersteller abgeschlossen sein müsse. Es handle sich dabei um Kriterien, die dazu führen würden, dass ein mittelständisches Unternehmen, das sämtliche übrigen Ausschreibungskriterien erfülle, aufgrund dieser Forderung von der Angebotsabgabe per se ausgeschlossen werde.

Zu berücksichtigen sei, dass es sich um eine Investition von ca € 1,500.000.-- handle, die bereits getätigt sein müsse oder über die zumindest eine vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Fahrzeughersteller rechtsverbindlich eingegangen sein müsse, noch bevor das Unternehmen überhaupt ein Angebot abgegeben habe. Diese Verpflichtung könne kein wirtschaftlich denkendes Unternehmen ohne jede Sicherheit auf Auftragserhalt eingehen, denn dies bedeute in den meisten Fällen den wirtschaftlichen Bankrott des mittelständischen Unternehmens. Es müsse daher die Zusicherung des Fahrzeugherstellers, dass die Fahrzeuge zum geforderten Zeitpunkt bereitstehen würden, ausreichen.

- -Strichaufzählung

Der Auftraggeber sei grundsätzlich sachlich frei, "Muss-Kriterien" aufzustellen. Die Grenzen dieser Freiheit seien aber dann erreicht, wenn sich aus den Muss-Kriterien sachlich ungerechtfertigte Ausschreibungsbedingungen ergeben würden, die den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber entgegenstehen würden. Der Auftraggeber entscheide auch, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung vorzulegen seien. § 70 Abs 2 BVergG stelle eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Die geforderten Nachweise müssten in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. In diesem Sinne erweise sich die Forderung nach der faktischen Verfügbarkeit von 8 Bussen, deren Einsatz in Zukunft gänzlich ungewiss sei, als überschießendes Ausschreibungskriterium. Der Auftraggeber sei grundsätzlich sachlich frei, "Muss-Kriterien" aufzustellen. Die Grenzen dieser Freiheit seien aber

dann erreicht, wenn sich aus den Muss-Kriterien sachlich ungerechtfertigte Ausschreibungsbedingungen ergeben würden, die den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung der Bieter und Bewerber entgegenstehen würden. Der Auftraggeber entscheide auch, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung vorzulegen seien. Paragraph 70, Absatz 2, BVergG stelle eine Konkretisierung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dar. Die geforderten Nachweise müssten in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen. In diesem Sinne erweise sich die Forderung nach der faktischen Verfügbarkeit von 8 Bussen, deren Einsatz in Zukunft gänzlich ungewiss sei, als überschießendes Ausschreibungskriterium.

Es bestehe ferner keine gesetzliche Verpflichtung, dass der Bieter sein Angebot bereits im Zeitpunkt der Angebotslegung zivilrechtlich erfüllen können müsse. Der EuGH anerkenne auch ein subjektives Recht des Bieters, sich zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, falls er nachweisen könne, dass er tatsächlich über die für die Leistungsfähigkeit maßgeblichen Mittel verfügen könne (EuGH vom 02.12.1999, RS C-176/98). In der Entscheidung des VwGH vom 24.09.2003 sei festgestellt worden, dass eine Mittelverfügung dann vorliege, wenn der Bieter ein verbindliches Angebot eines Subunternehmers besitze. Diese Anforderungen erfülle das Schreiben der Firma E*** allemal.

- -Strichaufzählung

Letztlich scheine dieses Verständnis von Pkt 5.3.4. des Teilnahmeantrags auch der vergebenden Stelle nicht haltbar zu sein. Mit Schreiben vom 24.9.2008 sei der Grund für die Nichtberücksichtigung des Teilnahmeantrages des Antragsstellers dahingehend "ausgetauscht" worden, dass seitens des Antragsstellers nach der Frist zur Abgabe der Teilnahmeanträge mit Ablauf des 14.8.2008 mit Schreiben vom 1.9.2008 ein Austausch der ursprünglich geplanten Busse der Marke Irisbus auf den Hersteller MAN vorgenommen worden sei, weshalb - rückwirkend betrachtet - zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages am 14.8.2008 keinesfalls eine technische Verfügbarkeit im Sinne der Bedingungen des Teilnahmeantrages vorgelegen sei.

Dabei übersehe die vergebende Stelle jedoch, dass im Teilnahmeantrag kein Ausscheidungstatbestand für den Fall des Herstelleraustausches normiert sei. Ein Eingriff in die Wettbewerbsstellung sei durch diese Verbesserung nicht gegeben.

Zusammenfassend erweise sich der Nichtnachweis der technischen Leistungsfähigkeit bzw. das Ausschreibungskriterium der Verfügbarkeit der zum Einsatz kommenden Busse als verbesserungsfähiges Kriterium. Dem Auftrag zur Verbesserung sei der Antragsteller mit dem Schreiben vom 1.9.2008 fristgerecht nachgekommen.

Die Antragsgegnerin erwiderte, dass die Vergabe gemäß § 187 Abs 1, zweiter Satz BVergG an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen habe. Nach § 228 Abs 1 BVergG hätte ein Sektorenauftraggeber für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssten. Die Festlegung der Eignungskriterien sei von ihr im Punkt 5 der Teilnahmeunterlage vorgenommen und allen interessierten Unternehmen, so auch dem Antragsteller mit E-Mail vom 28.7.2008, übermittelt worden. Die Antragsgegnerin erwiderte, dass die Vergabe gemäß Paragraph 187, Absatz eins, zweiter Satz BVergG an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen habe. Nach Paragraph 228, Absatz eins, BVergG hätte ein Sektorenauftraggeber für die Durchführung eines Vergabeverfahrens objektive Eignungskriterien festzulegen, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssten. Die Festlegung der Eignungskriterien sei von ihr im Punkt 5 der Teilnahmeunterlage vorgenommen und allen interessierten Unternehmen, so auch dem Antragsteller mit E-Mail vom 28.7.2008, übermittelt worden.

Bei der technischen Leistungsfähigkeit werde vor allem die ressourcenmäßige Ausstattung des Unternehmers mit Personal und Geräten geprüft, um einen Auftrag qualitativ und zeitgerecht ausführen zu können.

Sie habe in Punkt 5.3 der Teilnahmeunterlage festgelegt, dass nur solche Bewerber zur Angebotsabgabe eingeladen würden, die technisch leistungsfähig seien. Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit habe sie ua in Punkt 5.3.4 der Teilnahmeunterlage den Nachweis der Verfügbarkeit von acht Standardlinienbussen und zwei Niederflurstadtbussen bei der Bewerbung um Los 2 festgelegt. Weiters habe sie festgelegt, dass die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen, jedoch schon zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages, das sei der 14.8.2008 gewesen, nachgewiesen werden müsse. Da die Leistungen im Auftragsfall ab 1.4.2009 zu erbringen seien, habe sie sich vorbehalten, die Verfügbarkeit im Einzelfall gesondert zu prüfen.

Die konkret zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge seien vom Bewerber um Los 2 in der Beilage ./4-2 des Teilnahmeantrages anzuführen gewesen. Diese von ihr in der Teilnahmeunterlage getroffenen Festlegungen seien unbekämpft geblieben und bestandfest geworden. Sie habe sich bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit an diese Festlegungen zu halten. Ein Abgehen von diesen Festlegungen sei unzulässig. Mit Schreiben vom 26.8.2008 habe sie den Antragsteller aufgefordert, einen Nachweis zu erbringen, dass die in Beilage ./4-2 angeführten Fahrzeuge tatsächlich zu den angegebenen Zeitpunkten zur Verfügung stünden. Der Antragsteller habe mit Schreiben vom 1.9.2008 geantwortet, dass er hinsichtlich der im Teilnahmeantrag angeführten Fahrzeuge keine Lieferzusage des Herstellers vorlegen könne und ihm eine verbindliche Bestellung von 10 Fahrzeugen zum jetzigen Zeitpunkt nicht möglich sei. Damit habe er zugestanden, dass er zum von ihr festgelegten und damit relevanten Zeitpunkt, nämlich dem der Abgabe des Teilnahmeantrages (14.8.2008), die Verfügbarkeit der geforderten Fahrzeuge nicht nachweisen habe können.

Mit Schreiben vom 1.9.2008 habe der Antragsteller Beilage ./4-2 der Teilnahmeunterlage in einer neuen Fassung vorgelegt und in einem Begleitschreiben darauf hingewiesen, dass er den Hersteller der Fahrzeuge von IrisBus auf MAN verändern müsse. Zudem habe er in diesem Schreiben darauf hingewiesen, dass die E*** mit Schreiben vom 1.9.2008 eine grundsätzliche Lieferung der insgesamt 10 Fahrzeuge bis März 2009 zugesagt habe.

Auch mit dieser Nachreichung habe der Antragsteller den Nachweis der Verfügbarkeit der Fahrzeuge zum relevanten Zeitpunkt nicht erbracht.

Wenn der Antragsteller in seinem Nachprüfungsantrag nun dahin argumentiere, dass das Schreiben der E*** vom 1.9.2008 einen Vertrag zwischen dieser und ihm darstelle, so sei zu entgegnen, dass derartiges aus dem genannten Schreiben nicht hervorgehe. Soweit der Antragsteller in seiner Ergänzung zum Nachprüfungsantrag behaupte, dass es sich beim Schreiben der E*** um ein verbindliches Angebot eines Subunternehmers handle, sei festzuhalten, dass reine Lieferanten nicht als Subunternehmer zu werten seien. Im Übrigen habe der Antragsteller mit seinem Teilnahmeantrag keine Subunternehmererklärung vorgelegt.

Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest:

Die Antragsgegnerin führt ein 2-stufiges Vergabeverfahren für die Beschaffung von Verkehrsdienstleistungen betreffend den "Linienverkehr F*** (Los 1) und G*** (Los 2) durch. Die Bekanntmachung erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Union am 19.7.2008.

Den Bewerbern wurde freigestellt, einen Teilnahmeantrag nur für eines der beiden Lose oder auch für beide Lose abzugeben. Der Antragsteller gab lediglich einen Teilnahmeantrag für Los 2 ab. In der Teilnahmeunterlage ist das Ende der Teilnahmefrist mit 14.8.2008, 10:00 Uhr (einlangend) festgelegt.

Punkt 5.3.4 der Teilnahmeunterlage lautet wie folgt:

"Die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung muss grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen, jedoch schon zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages nachgewiesen werden.

Die zwingenden Ausstattungskriterien der einzusetzenden Fahrzeuge sind in Anhang A dargestellt. Die Qualität der konkret zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge ist durch Ausfüllen der Beilage ./4-1 bzw Beilage ./4-2 nachzuweisen.

Der Bewerber hat in Beilage ./4-1 bzw Beilage ./4-2 die Verfügbarkeit der nachfolgend angeführten Anzahl von Standardlinienbussen geeignet für den Regionalverkehr

- -Strichaufzählung
bei Bewerbung um Los 1 und Los 2: 17 Standardlinienbusse und 2 Niederflurstadtbusse
- -Strichaufzählung
bei Bewerbung um Los 1: 9 Standardlinienbusse
- -Strichaufzählung
bei Bewerbung um Los 2: 8 Standardlinienbusse und 2 Niederflurstadtbusse

nachzuweisen. Bei der angeführten Anzahl an Fahrzeugen sind allfällige Fahrzeugausfälle nicht berücksichtigt. Die konkrete Anzahl der benötigten Fahrzeuge ist vom Bieter in seinem Angebot an Hand der zur Verfügung gestellten Fahrpläne zu definieren.

Da die Leistungen im Auftragsfall ab 1.4.2009 zu erbringen ist, hat der Bewerber die kurzfristige Verfügbarkeit der Autobusse zu gewährleisten. Der Auftraggeber behält sich vor, die Verfügbarkeit im Einzelfall gesondert zu prüfen."

Die Teilnahmeunterlage wurde an den Antragsteller am 28.7.2008 übermittelt.

Die Beilage ./4-2 der Teilnahmeunterlage enthält die Vorgaben zur Qualität und Ausstattung der konkret zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge für Los 2 (8 Standardlinienbusse und 2 Niederflurstadtbusse gemäß Punkt 5.3.4). In diese Beilage waren von den Bewerbern die Autobustype und das Datum der Erstzulassung sowie die Erfüllung von verschiedenen Muss- und Sollkriterien aufzunehmen.

Beilage ./9-2 enthält die Subunternehmererklärung für Los 2. Diese war für den Fall der Heranziehung von Subunternehmern auszufüllen und rechtsgültig zu unterfertigen.

Der Teilnahmeantrag des Antragstellers vom 6.8.2008 wurde am 13.8.2008 um 9:00 Uhr per Boten bei der Antragsgegnerin eingebracht.

In Beilage ./4-2 wurde unter Autobustype "Irisbus Crossway" eingesetzt, als Datum der Erstzulassung scheint "03.2009 Neufahrzeug" auf, und zwar bei allen 10 Bussen. Die abgegebene Subunternehmererklärung ist leer.

Mit Schreiben vom 26.8.2008 wurde der Antragsteller zur Vorlage eines Nachweises zur Beilage ./4-2 aufgefordert, aus welchem hervorgehe, dass die in der Beilage angeführten Fahrzeuge tatsächlich zu den angegebenen Zeitpunkten zur Verfügung stünden, zB durch Kaufvertrag samt Lieferzusage bzw Leasingvertrag samt Lieferzusage. Für die Erbringung dieses Nachweises wurde ihm eine Frist bis längstens 3.9.2008 12:00 Uhr gesetzt.

In seiner fristgerechten Nachreichung vom 1.9.2008, eingelangt bei der Antragsgegnerin am 3.9.2008, führt der Antragsteller aus, "leider eine Änderung bekannt geben" zu müssen. Geplant sei seinerseits die Neuanschaffung von 8 Standardlinienbussen und 2 Niederflurstadtbussen der Marke Irisbus Crossway bzw Irisbus Crossway LE gewesen. So sei die ursprüngliche Beilage ./4-2 ausgefüllt worden. Aufgrund der relativ kurzen Frist zwischen Auftragsvergabe und Beginn der Durchführung des Verkehrs sehe sich der Hersteller, Irisbus, leider nicht in der Lage, eine Lieferzusage zu geben. Es seien zum jetzigen Zeitpunkt leider nicht möglich, eine verbindliche Bestellung von acht Standardlinienbussen und zwei Niederflurstadtbussen zu bestätigen, da zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht bekannt sei, ob er überhaupt zur Angebotsabgabe eingeladen werde.

Aus diesem Grund habe er den Hersteller von Irisbus auf MAN ändern müssen. Die E*** habe ihm mit Schreiben vom 1.9.2008 die grundsätzliche Lieferung von insgesamt zehn Fahrzeugen bis März 2009 zugesagt. Er bitte um Verständnis, dass zum jetzigen Zeitpunkt keine verbindliche Bestellung der Busse getätigt werden könne. Gleichzeitig legte er die Beilage ./4-2 neuerlich vor, wobei unter Autobustype eingesetzt wurde "MAN Lions Classic A 74" bzw "MAN Lions City". Das Datum der Erstzulassung blieb mit "03.2009" unverändert.

Beigefügt war zudem ein Schreiben der E***, vom 1.9.2008, welches

wie folgt lautet:

"Beschaffung Niederflur – und Überlandbusse

Sehr geehrter Herr H***,

wir bedanken uns für die Anfrage über die Lieferung von Niederflur- und Überlandbussen. Gerne bestätigen wird Ihnen, dass wir bei rechtzeitiger technischer Auftragsklärung bis März 2009 zwei Niederflur- und acht Überlandbusse liefern könnten. Wir würden uns über den Auftrag sehr freuen. Sollten Sie technische Fragen haben und Erklärungsbedarf bestehen, dann sind Sie bitte so freundlich und kommen Sie auf uns zu."

Im "Bericht über die Prüfung der Teilnahmeanträge und der Nachreichungen im Vergabeverfahren Linienverkehr F*** (Los 1) und G*** (Los 2)" wird hinsichtlich des Antragstellers auszugsweise Folgendes festgehalten:

"Los 2 G***

Prüfung Beilage 4 Qualität und Ausstattung der konkret zum Einsatz kommenden Fahrzeuge:

Das Unternehmen gibt im Begleitschreiben an, bei Auftragserteilung zehn Neufahrzeuge, davon zwei Niederflurstadtbusse zu beschaffen. Die genannten Fahrzeugtypen entsprechen den Anforderungen des Teilnehmerantrages. Es wird bezweifelt, dass die Neuanschaffung von zehn Fahrzeugen in dem Zeitraum zwischen der

Auftragsvergabe und dem Betriebsbeginn zu bewerkstelligen ist. Deshalb wurde dazu ein in I*** ansässiger Busproduzent hinsichtlich der Lieferzeiten befragt. In dem Gespräch wurde uns eine Mindestlieferzeit von einem halben Jahr bis zu einem ganzen Jahr genannt. Wir wurden aber auch darauf hingewiesen, dass unter bestimmten Voraussetzungen kürzere Lieferzeiten möglich sind. Ergebnis: Der konkrete Nachweis über die kurzfristige Verfügbarkeit der Busse ist beizubringen.

[...]

Nachforderungen aus dem technischen Prüfbericht:

Das Unternehmen wurde zur Aufklärung bzw Nachweis folgender

Punkte aufgefordert:

1. 1.Ziffer eins

Vorlage eines Nachweises zur Beilage ./4-2 (Qualität und Ausstattung der konkret zum Einsatz gelangenden Fahrzeuge Los 2) aus dem hervorgeht, dass die in der Beilage angeführten Fahrzeuge dem Bewerber tatsächlich zu den angegebenen Zeitpunkten zur Verfügung stehen (zB Kaufvertrags- und Lieferzusage bzw Leasingvertrag samt Lieferzusage).

Prüfungsergebnis der Nachreichungen:

1. 1.Ziffer eins

Das Unternehmen hat eine Änderung der konkret zum Einsatz kommenden Fahrzeuge vorgenommen. Die genannten Fahrzeugtypen entsprechen den Anforderungen in Qualität und Ausstattung. E*** hat grundsätzlich die Verfügbarkeit dieser genannten Busse bis März 2009 bestätigt, jedoch nur bei rechtzeitiger technischer Auftragsklärung. Aus dieser Bestätigung geht nicht hervor, bis wann eine derartige Auftragsklärung vorhanden sein muss. Nachdem die Rechtzeitigkeit mit keinem Datum hinterlegt ist, kann aus dieser Bestätigung die Verfügbarkeit nicht abgeleitet werden.

Ergebnis: Der Nachweis für die konkret zum Einsatz kommenden Fahrzeuge konnte nicht erbracht werden."

Mit Schreiben vom 15.9.2008 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass sein Teilnahmeantrag mangels nachgewiesener technischer Leistungsfähigkeit im weiteren Vergabeverfahren nicht berücksichtigt werden konnte. Im Wesentlichen wurde dies damit begründet, dass gemäß Punkt 5.3.4 der Teilnahmeunterlage die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung spätestens zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen müsse, jedoch schon zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages nachzuweisen gewesen sei. Dies sei nicht der Fall gewesen.

Gegen dieses Schreiben vom 15.9.2008 erhob der Antragsteller zunächst am 18.9.2008 persönlich "Widerspruch". Mit Schreiben vom 23.9.2008 forderte der damalige Rechtsvertreter des Antragstellers die Antragsgegnerin auf, ihre Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme des Antragstellers bis spätestens 25.9.2008 zurückzunehmen.

Die ablehnende Stellungnahme erfolgte mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 24.10.2008.

Beweiswürdigung:

Die getroffenen Feststellungen gründen sich auf die Einsichtnahme in den Vergabeakt und die Ergebnisse der Verhandlung vom 23.10.2008.

Zum festgestellten Sachverhalt ist rechtlich auszuführen:

Gemäß § 2 Z 16 lit a sublit dd BVergG 2006 sind im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorigem Aufruf zum Wettbewerb die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung der Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden des Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, d, d, BVergG 2006 sind im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw nach vorigem Aufruf zum Wettbewerb die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages), die Nicht-Zulassung der Teilnahme, die Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw während der Angebotsfrist, das Ausscheiden des Angebotes, die Widerrufsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar.

Gemäß § 22 Abs 2 S.VKG 2007 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen, wenn die Angebotsfrist bzw die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, bis 3 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, in allen übrigen Fällen bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen. Gemäß Paragraph 22, Absatz 2, S.VKG 2007 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen, wenn die Angebotsfrist bzw die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, bis 3 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, in allen übrigen Fällen bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Im vorliegenden Fall macht die Antragsgegnerin zwei Gründe für die Nichtzulassung zur Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren geltend. Zum einen, dass der Antragsteller, wie in der Teilnahmeunterlage in Punkt 5.3.4 gefordert, die technische Ausstattung (das zur Verfügung stehen der Busse) zum Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages nicht nachweisen konnte. Zum anderen, dass der Antragsteller unzulässigerweise seinen Teilnahmeantrag dadurch geändert habe, dass er mit Schreiben vom 1.9.2008, eingelangt am 3.9.2008, bekannt gab, dass die ursprünglich für die Erfüllung des Dienstleistungsauftrages in Aussicht genommenen Busse der Marke "Irisbus" nicht geliefert werden könnten und er den Auftrag gemäß der in der Folge geänderten Beilage .4-2 mit Bussen der Type "MAN Lions Classic" durchführen wolle, deren Verfügbarkeit im Zeitpunkt der Abgabe des Teilnahmeantrages aber ebenfalls nicht nachgewiesen werden könne.

Die Nichtzulassung zum weiteren Vergabeverfahren durch die Antragsgegnerin erfolgte zu Recht. Vom Antragsteller wurden die Festlegungen gemäß Punkt 5.3.4 der Teilnahmeunterlagen, obwohl es sich hierbei - wie oben angeführt - um eine gesondert anfechtbare Entscheidung handelt, nicht bekämpft. Die Frist für die Bekämpfung dieser Entscheidung endete am 7.8.2008. Wie die Antragsgegnerin zutreffend ausführt, wurde die Teilnahmeunterlage, da sie unbekämpft blieb, bestandfest. Die Antragsgegnerin hatte sich daher bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit an die Festlegungen der Teilnahmeunterlage zu halten (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054). Alleine deshalb kommt eine weitere Teilnahme des Antragstellers am Vergabeverfahren nicht in Betracht.

Darüber hinaus wurde vom Antragsteller nach Ende der Teilnahmefrist (14.8.2008) mit Schreiben vom 1.9.2008 die Teilnahmeunterlage durch Wechseln der Autobustype unzulässigerweise geändert. Der Vollständigkeit halber ist anzuführen, dass aber auch hinsichtlich der dort angeführten Busse die Verfügbarkeit zum in der Teilnahmeunterlage geforderten Zeitpunkt keinesfalls vorliegt. Die Behauptung des Antragstellers, beim Schreiben der E*** vom 1.9.2008 handle es sich um ein verbindliches Vertragsverhältnis, welches nach "dem hier anwendbaren deutschen Recht sämtliche Elemente einer verbindlichen Kaufvereinbarung, einschließlich – mangels anderweitiger vertraglicher Regelung – der Vereinbarung eines angemessenen Kaufpreises" enthalte, hält nicht einmal einer oberflächlichen Prüfung stand.

Das Zulassen der Änderung der Teilnahmeunterlage würde einen gravierenden Verstoß gegen einen wesentlichen Grundsatz des Vergabeverfahrens, nämlich des Gebots der Gleichbehandlung aller Bewerber gemäß § 187 Abs 1 BVergG 2006, bedeuten. Zudem fehlt es auch hinsichtlich der MAN Busse, wie bereits ausgeführt, an deren Verfügbarkeit. Das Zulassen der Änderung der Teilnahmeunterlage würde einen gravierenden Verstoß gegen einen wesentlichen Grundsatz des Vergabeverfahrens, nämlich des Gebots der Gleichbehandlung aller Bewerber gemäß Paragraph 187, Absatz eins, BVergG 2006, bedeuten. Zudem fehlt es auch hinsichtlich der MAN Busse, wie bereits ausgeführt, an deren Verfügbarkeit.

Der Antrag war daher abzuweisen.

Schlagworte

Sektorenauftrag, Nichtzulassung zur Teilnahme, nachträgliche Abänderung von Teilnahmeunterlagen

Zuletzt aktualisiert am

22.07.2010

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at